

REGIME DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Batista Gomes Moreira^(*)

Sumário: Resumo introdutório. 1 — Supremacia de poder da Administração. 2 — Unificação dos regimes contratuais da Administração. 3 — Finalidade pública administrativa. 4 — Isonomia entre as partes. 5 — Eficiência contratual. Conclusão.

Resumo introdutório

Prevalece na teoria tradicional a idéia de que existem na Administração duas espécies de contratos: a) contratos privados da Administração ou, simplesmente, contratos da Administração, e b) contratos administrativos. Esta dicotomia se liga à dicotomia *cartesiana* (mais que *ulpianiana*) *Direito público e Direito privado* e, especificamente: a) à *teoria do fisco*; b) à *teoria da dupla personalidade do Estado*; c) à distinção entre *atos de império* e *atos de gestão* e entre *serviços públicos e atividades econômicas* da Administração Pública, utilizada para determinar a competência do Conselho de Estado da França. A marca dos *contratos administrativos*, em oposição aos *contratos privados da Administração* é, na mesma concepção, as *cláusulas exorbitantes*, como extensão das *prerrogativas de poder*, idéia nuclear do Direito Administrativo na doutrina de Maurice Hauriou. O caráter instrumental das *cláusulas exorbitantes* é, na prática, obscurecido pela concepção estática, causal e isolada de meios (também *cartesiana*), que leva a enxergá-las, em si mesmas, como a essência do regime jurídico dos contratos administrativos.

Propõe-se que não há a cogitada dicotomia. Na prática administrativa, as figuras contratuais, em relação às *prerrogativas de poder* (traduzidas nas *cláusulas exorbitantes*), podem assumir diversos graus, dependendo da *relevância e necessidade* dessas cláusulas (princípio da proporcionalidade) para atingir a finalidade

(*) Juiz Federal em Goiás; mestre em Direito Administrativo pela UFMG.

pública. Além disso, afirma-se que todos os contratos da Administração estão orientados para a *finalidade pública administrativa*, sendo esta a característica que os transforma, todos, em contratos administrativos e os distingue dos contratos essencialmente de Direito Civil, Comercial ou Trabalhista. A nota principal do regime contratual da Administração é a *finalidade pública administrativa* (visão dinâmica de fins), não se eliminando, mas colocando em segundo plano, efetivamente como meios, as *prerrogativas de poder* (na realidade, *poderes-deveres*), as *restrições especiais* e os *métodos do Direito Civil*. Conclui-se, à luz dos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, pela *horizontalidade* de relações entre as partes, em abandono à tradicional *verticalidade*.

1. Supremacia de poder da Administração

Vem, de início, a questão de saber se há uma desigualdade natural, imanente, para efeito dos contratos da Administração, entre o *público* e o *privado*. A teoria tradicional pressupõe a desigualdade, traduzida nas expressões *supremacia de poder*, *verticalidade*, *prerrogativas*, "*puissance publique*", encarregando-se a ideologia de empalidecer, com sucesso principalmente junto ao público leigo, o caráter instrumental das *cláusulas exorbitantes* ou *regulamentares* do contrato administrativo. É entendimento corrente que "nos contratos de Direito Privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da *horizontalidade* e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da *verticalidade*" (Di Pietro, 1999, p. 232). Diz-se mais que "*o poder de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual*" (Meirelles, 1999, p. 196).

As cláusulas exorbitantes resultam de aplicação, aos contratos administrativos, da doutrina clássica do Direito Administrativo, de elaboração francesa, que tem como núcleo dessa disciplina a *puissance publique*, conforme a seguinte conceituação de Maurice Hauriou:

"Le droit administratif, ainsi présenté, est un droit de puissance publique, respectant la physionomie véritable de notre régime administratif français, dans lequel la fonction administrative est remplie par un pouvoir dont les prérogatives sont extrêmement apparentes et qu'il s'agit seulement de ramener à des limites qui les rendent juridiques" (1938, VII).

A supremacia de poder da Administração como marca do contrato administrativo é acolhida na jurisprudência, conforme transparece em voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4.930-DF:

“Também não tem maior valia a alegação de que os contratos imobiliários em causa teriam natureza *biface*, porque seriam contratos de natureza, em parte, privada e, em parte, pública. Essa natureza bifronte decorreria da circunstância de que, embora o contrato seja celebrado entre mutuante e mutuário, ambos privados, os recursos utilizados nesses financiamentos decorrem de fundo e de depósitos disciplinados por normas de Direito Público. (...) De fato, apesar dessas características, é inegável que esses contratos, celebrados entre particulares, não podem caracterizar-se como contratos administrativos, e, portanto, de Direito Público, pela singela razão de que não estão presentes os elementos essenciais à existência de tais contratos, como, entre outros, a participação, como contratante, da Administração Pública com supremacia de poder, de que resultam as denominadas cláusulas exorbitantes explícitas ou implícitas. Sendo as partes contratantes entes privados, colocados juridicamente em plano de igualdade, são contratos de Direito Privado, ainda que de adesão, não lhe alterando essa natureza o dirigismo contratual imposto pela lei, para atender às necessidades econômico-financeiras do sistema habitacional que está subjacente”.

Ensinam Enterría e Fernández que as *exorbitantes*, como traço natural da *verticalidade* da Administração, têm raiz absolutista:

“Os direitos do Príncipe *exorbitant a jure commune*; nossas Cortes de Valladolid de 1442 protestam ante o Rei que nas Reais Cartas *se põem muitas exorbitâncias de direito*; na Lei 7ª, Título V, Livro III, da Novíssima Recopilação, fala-se das Cartas Reais, *que as mandamos dar de nosso proprio motu e poderio real absoluto, com outras exorbitâncias*” (1991, p. 35).

Essa origem é confirmada por Hauriou, em cujo pensamento as prerrogativas e os privilégios foram banidos, pela Revolução, das relações sociais, mas não das relações políticas e administrativas, onde foram concentradas para deixar campo livre à igualdade nas relações civis. A existência de um Direito Administrativo de *puissance publique* é, em virtude da lei da compensação, a condição da existência de um Direito Civil purgado de toda desigualdade social (1938, VII). O feito da Revolução teria sido dar *limites jurídicos* ao poder absoluto do Estado. Tais limites permaneceram, entretanto, indefinidos, vez que não lapidado ainda o princípio da proporcionalidade, e sem eficácia, diante da inexistência de órgão independente que os fizesse valer.

O universo das prerrogativas, mas não a sua intensidade, foi posteriormente restringido pelas noções de *império e gestão*. Na Administração, especificamente, desenvolveram-se os conceitos de *gestão pública e gestão privada*, correspondentes aos de *serviços públicos propriamente ditos e serviços comerciais e industriais* (econômicos), para só permitir as prerrogativas em relação às primeiras espécies.

Permaneceu, de qualquer forma, um campo livre para o uso das prerrogativas, com limites elásticos, em face da imprecisão do conceito de serviço público.

A *revolução* continua hoje com a busca de princípios que enquadrem a intensidade das prerrogativas e melhor definam a sua extensão. A *terceira onda* no Direito Administrativo consiste, assim, numa luta para efetivar a vinculação do poder administrativo à finalidade pública, eliminando desse território agreste o arbítrio, sem permitir retorno do território já conquistado ao patrimonialismo.

O primeiro passo é a eliminação da dicotomia (verdadeiro *muro de Berlim*), de índole racionalista, existente no interior da Administração Pública. A classificação da gestão administrativa em *pública* e *privada* serve menos à preservação de uma faixa para as liberdades e a igualdade que de anteparo contra o avanço democrático, sem contar que a visão civilística de um setor da Administração perpetua o ranço patrimonialista.

Com o mesmo fundamento deve ser abandonada a concepção de dupla personalidade do Estado. A *teoria do fisco* ofereceu excelentes préstimos na instituição do Estado de Direito, mas, hoje, sua perpetuação sob a roupagem de dupla personalidade do Estado serve de justificação à persistência de práticas autoritárias (excesso de poder) e patrimonialistas (desvio de poder).

É uma operação difícil, porque acha-se arraigada na cultura jurídica a atitude de construir a teoria do Direito Administrativo tendo como referência, sempre, o Direito Civil. Custa reconhecer que revela reminiscência autoritária definir o Direito Administrativo sob o prisma das prerrogativas de poder, e que é resquício patrimonialista pensá-lo à imagem e semelhança do Direito Civil. A *finalidade pública* como idéia central da Administração e do Direito Administrativo resgata-os de qualquer dessas distorções.

2. Unificação dos regimes contratuais da Administração

Para Hely Lopes Meirelles, embora instituto típico do Direito Privado, o contrato é utilizado pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados) ou com adaptações necessárias aos negócios públicos, sendo estes os contratos administrativos propriamente ditos (1995, p. 194). O contrato é tratado pelo autor como instituto peculiar ao Direito Civil, tomado por empréstimo pelo Direito Administrativo em forma pura (contrato da Administração) ou com absorção das prerrogativas de poder (contrato administrativo). Neste ponto, é lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, idêntica à de José Cretella Júnior (1988), que “o conceito de contrato não é específico de Direito Privado, devendo ser dado pela teoria geral do Direito” (1999, p. 234). *Contrato* é uma *categoria jurídica*, matéria-prima que dá origem aos institutos peculiares a cada disciplina.

O primeiro passo para uma nova concepção — já foi dito — é a eliminação desse corte horizontal. O regime jurídico dos contratos da Administração Pública passa, assim, a ser representado por um retângulo cortado em diagonal. Não há

apenas dois regimes, em formas puras, mas diversidade de regimes, em várias tonalidades, ou, dito de outra forma, regime único, modulado pela finalidade pública em diversos graus. Aliás, nem mesmo fora da Administração pode-se falar em um regime monolítico, pois o que ocorre é a possibilidade de variação gradativa, desde o extremo de *autonomia da vontade* até o máximo de *dirigismo*. No *dirigismo contratual*, o poder público, por leis, regulamentos e atos administrativos concretos, intervém nos contratos realizados no *mercado* (convencionado como 2º *setor*) e no chamado 3º *setor* (serviços sociais autônomos, organizações sociais, entidades de apoio e entidades da sociedade civil de interesse público), com o objetivo de orientá-los para a finalidade pública. Ocorre situação semelhante às limitações administrativas da propriedade. Em certo nível, sob critério material, o contrato apresenta-se, realmente, como *biface*, em razão da intersecção de interesses.

Não há fronteiras precisas entre as diversas realidades do mundo. Além disso, passada a pretensão objetivista do racionalismo, chega-se a um consenso que as realidades são, em grande medida, criadas ou recriadas pelo sujeito cognoscente. As divisões e classificações à moda cartesiana, são úteis à organização, disciplina e comunicação do raciocínio, mas não se pode esquecer o seu valor apenas instrumental e provisório. Do ponto de vista cartesiano, um critério é menosprezado por não propiciar classificação precisa e objetiva, de modo a eliminar as zonas de penumbra. Mas o valor de um critério talvez esteja justamente em revelar que não há fronteiras nítidas na realidade estudada e que, por isso, qualquer classificação, se não arbitrária, é relativa.

Na opinião de Enterría e Fernández não existe a dicotomia *contratos privados da Administração* e *contratos administrativos*. O regime dos contratos da Administração é modulado em diversos graus, não se podendo falar, nesses domínios, em contratos estritamente de Direito Privado. Mesmo em seu ponto extremo, a contratação pela Administração submete-se a regras próprias, como as relativas a competência, procedimento, habilitação prévia, formação interna da vontade administrativa, exigência de créditos nos orçamentos gerais, fiscalização da operação financeira, formalização etc. (1991, p. 604). Da mesma tese participa Miguel Scabra Fagundes: “O contrato com a administração pública apresenta sempre alguma diversidade de regime jurídico se comparado com o entre particulares” (1979, p. 41). Além disso, mesmo que haja coincidência entre a *vontade* da Administração e a do particular (atos negociais), o que conta para a Administração, sob pena de desvio ilícito, é o interesse público, ainda que consistente na simples exploração do patrimônio (cuja ociosidade é anti-social), na promoção de comodidades para o público ou na produção de renda para atender a outros fins. O interesse econômico do particular é subsidiário da finalidade pública. Justifica-se, por isso, como faz Juarez Freitas (1997, p. 67), a classificação dos bens administrativos de utilização privatizada como *bens públicos de uso especial*. A respeito, pontifica Rafael Bielsa,

“Así, pues, se justifica el permiso de uso para instalación de quioscos destinados a la venta de periódicos, etc.: los permisos para estacionar

carruajes, para instalación de ferias francas, instalación de buzones, ‘carrousel’ en las plazas, etc., que implican siempre un uso particular (del que obtiene un permiso o concesión), pero que reportan ventajas o comodidades al público” (1956, III, p. 428).

Do ponto de vista formal, as dicotomias *gestão pública* e *gestão privada* e *serviço público* e *atividade econômica* aparecem, ao mesmo tempo, como efeito e causa da especialização da justiça administrativa. O *arrêt terrier*, marco na teoria dos contratos celebrados pela Administração, revela o papel instrumental da distinção entre *contratos administrativos* e *contratos privados* da Administração para a definição da competência do Conselho de Estado, no seu embate para superar sucessivas crises de autonomia. A importância desse julgado.

“ne viennent pas seulement de son contenu propre, mais aussi des conclusions dans les quelles le commissaire du gouvernement Romieu a systématisé, en des termes qui restent encore en grande partie valables aujourd’hui, les principes qui régissent, pour l’Etat comme pour les collectivités locales, la délimitation des compétences administrative et judiciaire. Sans doute n’est-ce pas lui qui a ‘inventé’ la distinction entre la gestion publique et la gestion privée en tant que critère de la répartition des compétences: dès 1873, le commissaire du gouvernement David avait dit, dans ses conclusions sur l’affaire ‘Blanco’ qu’il fallait distinguer entre ‘l’Etat puissance publique et l’Etat personne civile’ considéré soit comme propriétaire, soit comme contractant; la distinction se trouvait également dans les travaux de Hauriou. Mais c’est des conclusions de Romieu que date le développement de cette idée fondamentale que le droit administratif — et par conséquent la compétence administrative — ne s’applique que dans la mesure où l’administration utilise des procédés exorbitant du droit commun” (Long, Weil e Braibant, 1965, pp. 50-51).

No pensamento de Enterría e Fernández,

“onde a modulação do contrato alcança uma certa intensidade é mais conveniente que sua análise seja atribuída aos tribunais especializados em Direito Administrativo que aos tribunais ordinários, porque seu julgamento necessariamente requer o conhecimento do regime peculiar da Administração”. Pois bem — acrescentam —, “no caso concreto dos contratos da Administração, a distinção entre aqueles de caráter administrativo e os de caráter privado não remete a regimes jurídicos irredutivelmente diferentes, senão em boa parte próximos. Deve notar-se também que tais regimes não são unitários e compactos, isto é, que não existe um único regime jurídico para os contratos administrativos e um outro para os contratos privados, senão vários regimes distintos a cada lado da linha divisória” (1991, pp. 615-616).

Em igual posição está José Roberto Dromi, para quem *"la realidad muestra que en los acuerdos os vínculos contractuales de la Administración no es posible establecer de modo terminante el límite donde deja de aplicar-se el derecho público y donde comienza a regir el derecho privado"* (1983, pp. 364-365).

Se não há base teórica para distinção entre os dois regimes, nos sistemas de jurisdição única sequer há necessidade pragmática para a separação. Excetua-se, mas de difícil aplicação (cf. Lazzarini, 1997), a utilidade para especialização de órgãos do Poder Judiciário. É ponto de vista também de José Roberto Dromi que não há interesse prático, jurídico ou não-jurídico, para distinguir os contratos administrativos dos contratos privados da Administração (1983, p. 365).

4. Finalidade pública administrativa

Desfeita a dicotomia, pode-se falar na submissão de todo o regime contratual da Administração, unificado pela *finalidade pública*, não ao *Direito público* (classificação que se pretende afastar), mas ao *Direito Administrativo*. Diz Toshio Mukai que o contrato de Direito privado da Administração é contrato público (1999, 349). Tal orientação é seguida pelo Direito positivo em relação às empresas públicas, qualificadas como pessoas jurídicas de Direito privado, ficando para as controvérsias doutrinárias a questão do regime jurídico das fundações públicas. Para evitar a aparente contradição e a confusão terminológica, seria preferível tratar qualquer contrato da Administração, simplesmente, como contrato administrativo, como preferíveis seriam as denominações *empresa administrativa* e *fundação administrativa* no lugar de *empresa pública* e *fundação pública*.

A *finalidade pública administrativa* é constituída, salvo desvio que o princípio da razoabilidade se encarrega de apontar, por todo e qualquer interesse colocado, democraticamente, sob tutela da Administração. Essa tutela pode materializar-se apenas na subvenção de meios para atividades de interesse público. No caso, os princípios e regras orientados pela finalidade pública administrativa estão presentes no controle interno e externo, que, conforme ensina o Ministro Carlos Mário Velloso, deve exercer-se onde quer que haja capital público (1988, p. 85).

Embora para posicionar-se contra o critério, Agustín Gordillo noticia que, na Argentina, a doutrina e a jurisprudência tendem a utilizar a noção ampla (*porém menos precisa e pontual*, na sua opinião) de fim ou interesse público, utilidade pública ou bem comum, para a caracterização do contrato administrativo (1995, p. XI-17). Na mesma linha, no México, Gabino Fraga admite que *"se há considerado por una buena parte de la doctrina que el carácter administrativo, y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contratos en razón de la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social"* (1997, p. 399). Posiciona-se o mesmo autor no sentido de que:

“assim como a finalidade diferente é motivo para que dentro do próprio Direito privado classifiquem-se os contratos em civis e comerciais, e que estes últimos se sujeitem a regime legal diverso do que se aplica aos primeiros, assim os contratos que o Estado celebra com fins especiais, distintos dos que realizam os particulares, exigem, pela mesma razão, um regime jurídico especial” (*apud* Barros Júnior, 1986, p. 19).

Para Hely Lopes Meirelles, não é a *finalidade pública* que caracteriza o contrato administrativo, pois está presente em quaisquer contratos da Administração, como *pressuposto necessário* de toda atuação administrativa (1999, p. 194). Mais uma vez a preocupação com a distinção de duas espécies contratuais no interior da Administração, cuja nota fundamental seria constituída pelas prerrogativas de poder. A finalidade pública não serve, é verdade, para distinguir duas espécies de contratos realizados pela Administração, mas é o dado que permite convencionar, conforme o peso de sua incidência, uma relativa distinção entre contratos administrativos e contratos submetidos ao Direito Civil. Aliás, o critério já fora reconhecido pelo autor em relação aos atos administrativos:

“O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública [...] (...) podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se, apenas, a *finalidade pública* que é própria da espécie e distinta do gênero *ato jurídico*, como acentuam os administrativistas mais autorizados” (1999, p. 132).

Na dicção de Maria Sylvia Zanella di Pietro, “há quem diferencie o contrato administrativo pela *finalidade pública*, o que é contestado, sob a alegação de que a Administração, mesmo agindo sob regime jurídico privado, tem que agir com esse objetivo, sob pena de incidir em desvio de poder” (1999, p. 234). Permite-se concluir, então, que a finalidade pública é a marca de todos os contratos da administração pública. Mais à frente volta a autora:

“Esta característica (a finalidade pública) está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo Direito privado; às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é do interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob tutela do poder público” (*ibid.*, p. 242).

Em monografia especializada, sustenta Fernando Vernalha Guimarães (1999) que: a) não há uma permissividade genérica do *ius variandi*, exceção e não regra

nos contratos administrativos (no que o autor se opõe à doutrina tradicional, segundo a qual “a Administração Pública utiliza-se *essencialmente* de atos administrativos unilaterais, com características exorbitantes do direito comum”) (Di Pietro, 1999, p. 235); b) a possibilidade de alteração contratual atende a um *critério finalístico*, ou seja, ao interesse geral como *fin primário* do contrato; c) a alteração contratual “não se afigura como uma *faculdade* do poder público, mas tem lugar por uma *exigência* do interesse geral concretamente verificado”; d) o poder-dever (instrumental) da Administração de alterar o contrato não é pautado por uma discricionariedade genérica, mas vinculado a pressupostos, que tornam residual a discricionariedade, aparecendo esta discricionariedade residual, especialmente, na avaliação dos fatos determinantes da conveniência e oportunidade da alteração; e) são pressupostos do exercício do *ius variandi* uma situação fática pertinente e de elevada magnitude, superveniente à celebração do contrato, que *determine* a alteração, e obediência ao devido processo legal, com suas exigências de ampla defesa e motivação suficiente; f) impõe-se que a recomposição do equilíbrio financeiro seja instantânea, sob pena de paralisação do ato que determinou a alteração; g) a alteração não pode implicar em perda da substância do contrato, pois aí haveria infringência ao princípio da licitação.

Acrescente-se à última conclusão — impossibilidade de alteração substancial do contrato — que os princípios de razoabilidade e proporcionalidade impedem sujeição do contratado a alterações insusceptíveis de reequilíbrio com o simples reajuste de tarifas. Há mudanças que, sem alterar a substância do contrato, exigem vultosos investimentos, não previstos inicialmente, ou impõem alterações profundas no planejamento da empresa. Neste caso, dever-se-á optar, em favor do contratado, por rescisão fundada no interesse público, mediante indenização.

Baseado na doutrina internacional, o referido autor enfatiza a idéia de que o poder da Administração é um meio para o cumprimento do dever de buscar a finalidade pública. Ressalta que, sem perder o caráter de excepcionalidade, é um poder-dever, indisponível, pautado pelos critérios de *relevância* e *necessidade* da variação contratual. A competência oportunizada — diz — “exige do agente público que não só promova todos os meios necessários à busca do interesse em questão como o impede de manifestar qualquer ação que não se faça necessária na perseguição desses fins”.

5. Isonomia entre as partes

A excepcionalidade e os requisitos de *relevância*, *necessidade* e *pertinência* lógica dos fatos (sintetizados no *princípio da proporcionalidade*) e de obediência ao *devido processo legal*, para alteração unilateral, que ainda deverá acompanhar-se da *manutenção* (mais que simples *restauração*) do *equilíbrio econômico*, autorizam afirmar que a relação entre as partes no contrato administrativo é isonômica. Afasta-se, pois, a idéia de uma verticalidade inerente à Administração, também nesse campo. Não nega o princípio da isonomia discriminação fundada em motivos suficientes e adequados, sem o que, aliás, a igualdade jurídica é impensável.

Como em outros institutos, nos contratos administrativos, a autotutela da Administração (cuja consequência principal é a inversão do ônus de ir a juízo) é um método imposto pela *praticidade*. Seria impossível o acompanhamento e satisfação *pari passum* das necessidades públicas, tendo a Administração, a cada momento, que buscar a via judicial para resolver conflitos que não pudessem ser solucionados consensualmente. Vige para a Administração uma especial *teoria da imprevisão*, qualificada pela finalidade pública, que motiva atitude construtiva de progresso, um sentido vetorial e prospectivo, diferentemente do que acontece em outras relações, em que o objetivo é a restauração da realidade destruída. Fala-se, com frequência, no *equilíbrio dinâmico* do contrato administrativo, representado por Caio Tácito na fórmula $a/b = a'/b'$ (1975, p. 204). O Poder Judiciário não poderia acompanhar esse dinamismo, dado ao volume de demandas e à complexidade técnica. Veja-se que, nesse desafio, a Inglaterra, avessa ao privilégio da *ação de ofício*, tem criado dezenas de tribunais administrativos, quase jurisdicionais, em busca de garantir, o quanto possível, imparcialidade na decisão das questões administrativas. Outra medida, que se vem estendendo aos países estrangeiros ao conjunto anglo-saxão, é a generalizada utilização do módulo processual, como instrumento de independência das entidades administrativas e imparcialidade nas decisões.

Justifica-se a autotutela também em face do *interesse primário* (em outros termos, a *finalidade pública*) que serve de norte à Administração e que a torna, em tese, uma *parte imparcial*, um juiz não em *causa própria*, mas, pelo menos teoricamente, um *juiz em causa pública* (cf. Mello, 1998, p. 24). Deve-se à prevalência do interesse primário de justiça, reforçado pelo princípio da moralidade, por exemplo, que o particular não estará obrigado a restituir parcelas recebidas e terá direito a indenização pelas vantagens propiciadas à Administração, mesmo sobrevivendo anulação do contrato.

Sustenta Hely Lopes Meirelles que nos *contratos privados* da Administração não pode haver anulação unilateral, por ilegalidade, ainda que precedida de processo com ampla defesa, impondo-se a via judicial (1999, p. 215). Não calha a orientação, uma vez assentado que não há limite preciso, previamente estabelecido, entre as duas espécies contratuais. Em contrapartida, estabelecido que só a praticidade justifica a autotutela, fica aberta a possibilidade de a Administração ir a juízo sempre que as circunstâncias permitam ou recomendem, em qualquer situação de litígio. O processo não poderá ser extinto sob fundamento de ausência de necessidade (interesse processual) da via judicial.

A igualdade entre as partes no contrato administrativo pode ser afirmada por outro ângulo. Para os espanhóis Enterría e Fernández, as cláusulas exorbitantes não decorrem de uma regra ou princípio genérico. As prerrogativas de decisão unilateral em matéria de interpretação, sanções e inclusive modificação e rescisão, “surtem sempre por via de pacto (‘convênios de condições’ fixados pela Administração e aos quais o contratante adere) ...” (1991, p. 603). Teriam fundamento, pois, em um contrato de adesão, à semelhança do que acontece também nos contratos regidos pelo Direito Civil, como o de comodato, onde as *exorbitantes* “podem existir,

desde que livremente pactuadas pelas partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a disposição expressa de lei" (Di Pietro, 1999, p. 238), ou a princípios constitucionais (acrescente-se), podendo ser citada como ofensa a disposição expressa de lei a *condição puramente potestativa* (art. 115 do Código Civil). Menciona Maria Sylvia, embora para ressaltar, que, no caso, a cláusula exorbitante deve vir expressa, no contrato de comodato de bem público que estabeleça para a Administração a faculdade de exigí-lo de volta por motivo de interesse público (1999, p. 238). Nos termos do art. 62, § 3º, da Lei n. 8.666/93 podem figurar cláusulas exorbitantes nos contratos de seguro, de financiamento e de locação, dentre outros celebrados pela Administração. O extinto Tribunal Federal de Recursos já decidira que, "no resguardo do interesse público, é lícita a rescisão unilateral do contrato administrativo atípico" (AMS 110.574-DF, DJU 24/08/87, p. 20.249). Em seu voto, como relator, assim se expressou o Ministro Costa Leite:

"Concordo com a alegação da impetrante de que se está diante de um contrato administrativo atípico, porquanto a prestação de serviços que constitui seu objeto não guarda relação com atividade específica da Administração. Não se pode supor, no entanto, que o Poder Público, *in casu*, se despe das suas prerrogativas. Conquanto tal tipo de contrato seja disciplinado pelo Direito Privado, sujeita-se aos temperamentos do Direito Público, usando-se da feliz expressão de Almiro do Couto e Silva. E nem poderia ser diferente. Como ensina Hely, é inadmissível que a Administração realize qualquer ato ou contrato sem finalidade pública ou contra o interesse público. E é exatamente no interesse público que mesmo os contratos administrativos atípicos podem ser rescindidos unilateralmente".

Vale reportar a observação de Gabino Fraga, para quem o particular, no momento em que celebra um contrato administrativo, sabe e aceita que as obrigações contraídas não têm a mesma rigidez das obrigações contratuais civis, estando sujeitas a variações necessárias à satisfação das necessidades coletivas (1997, p. 403).

No que se refere às cláusulas punitivas, Agustín Gordillo, após sustentar que a relação entre as partes no contrato administrativo não é de absoluta subordinação, mas de colaboração, assim entende:

"La facultad administrativa de imponer 'sanciones' al contratista 'debe estar fundada legal o contractualmente', siendo inadmisibile que la administración pretenda imponer sanciones para las cuales no esté expressamente autorizada por la ley o el contrato; este tipo de sanciones se interpretan por lo demás restrictivamente, y si el pliego dispone que en caso de rescisión del contrato el contratista 'perderá la fianza', se há considerado que lo pierde sólo en forma proporcional a la parte no cumplida y que para que la pérdida deba ser total a pesar de no ser el incumplimiento total, así debe aclararlo expressamente el contrato" (1988, p. 14).

A respeito do contrato administrativo disciplinado na lei brasileira de licitação, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena manifesta a seguinte opinião:

“Se as cláusulas ou condições de fundo estão previamente dispostas na lei e se as de execução devem dele constar com toda a minúcia, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam, tais requisitos têm paralelismo com o que preceituam os arts. 1.079 a 1.086 do Código Civil, embora se achem invertidos na Lei n. 8.666/93 os termos da equação...” (1996, p. 112).

A doutrina francesa, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado, considera que:

“pour modifier unilatéralement le statut d'un service concédé, l'administration ne possède que les droits qui lui sont conférés par un texte: soit la loi organique régissant le service, soit une clause du cahier des charges. Ces clauses peuvent être implicites: lorsque la pratique suit par l'administration comporte l'insertion systématique dans une certaine variété des contrats de certaines clauses, elles doivent être sous-entendues lorsque, dans un cas particulier, l'administration a omis de les faire figurer dans un contrat, mais ce n'est que l'application de l'art. 1135 du code civil, d'après lequel les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature” (Long, Weil e Braibant, 1965, p. 39).

Para preservar a segurança jurídica, ideal seria exigir-se previsão legal ou contratual expressa ditando a cláusula exorbitante. Mas não parece haver obstáculo para o reconhecimento, no contrato administrativo, de cláusulas implícitas, instrumentais e proporcionais, exceto as punitivas, fundadas na indisponibilidade do interesse público, princípio que concorre com o *pacta sunt servanda*. Como cláusulas implícitas do contrato administrativo, aponta Hely Lopes Meirelles: a) a que permite rescisão unilateral por interesse público, mediante indenização; b) a que autoriza alteração unilateral por interesse do serviço, mantido o equilíbrio financeiro; c) a que possibilita redução ou ampliação do objeto do contrato, dentro dos limites legais, também sem prejuízo do equilíbrio financeiro; d) a que possibilita assunção, pela Administração, de trabalhos paralisados, para manter a continuidade de serviço público (1999, p. 205).

Veja-se que só a última hipótese não comporta recomposição do equilíbrio financeiro. A prerrogativa de alteração unilateral do contrato administrativo não significa que ao Estado seja permitido *desapropriar* quando tal se revele desnecessário, muito menos sem compensação. A manutenção da equação econômico-financeira, como pressuposto para a alteração, aproxima-se, por natureza, da exigência de justa e prévia indenização nas desapropriações. De utilização excepcional

como o poder de desapropriar, a cláusula exorbitante submete-se a constante juízo de proporcionalidade e enseja interpretação estrita. É assim que, na Itália, "salvo a revogação por interesse público, a relação contratual é regida por cânones paritários" (Medauar, 1992, p. 199). Informa a mesma autora, noutra oportunidade, que "no ordenamento italiano a Corte de Cassação afastou a tese do poder discricionário de modificação unilateral do contrato, como poder geral independente de previsão legal explícita" (1998, p. 233). A última orientação identifica-se, aliás, com aquela que requer dispositivo legal expresse, logo, mais restrita.

Outra prerrogativa da Administração que vem sendo colocada, pelo princípio da proporcionalidade, em limites isonômicos, é a inoponibilidade, pelo particular, da *exceptio non adimpleti contractus*. A concepção de que o particular jamais poderia invocar a inadimplência da Administração, como justificativa para a suspensão das atividades contratadas, cede lugar à consideração de que não é justo o poder público, como regra, transferir a outrem as consequências, na maioria dos casos, de seu deficiente planejamento. Esquece-se, às vezes, de que "*quien más está obligado a hacer 'cualquier' sacrificio para satisfacer la necesidad pública es precisamente la administración pública*" (Gordillo, 1988, p. 13) e de que o particular, ao contratar, não se obrigou a financiar o empreendimento. Nessa linha, a Lei n. 8.666/93 prevê hipóteses em que o particular poderá pleitear a rescisão do contrato, tendo em vista o descumprimento, pela Administração, de sua parte na avença. É exemplo o atraso dos pagamentos devidos por prazo superior a 90 (noventa) dias, salvo calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações, até que seja normalizada a situação.

Tanto no que diz respeito ao limite do poder de alteração unilateral do contrato, quanto à inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, faz-se ainda distinção entre contratos relativos ao funcionamento mesmo de serviço público e contratos que têm por objeto o provimento de meios para qualquer atividade da Administração. Quanto aos segundos, "*elle ne dispose de ce pouvoir que lorsque la modification du contrat est la suite de l'exercice de sa compétence de réorganisation du service*" (Long, Weil e Braibant, 1965, p. 40). Trata-se de orientação baseada no princípio da continuidade do serviço público. As restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus* são injustificáveis "quando o contrato não tenha por objeto a execução de *serviço público*, porque não se aplica, então, o princípio da continuidade" (Di Pietro, 1999, p. 254).

O princípio da proporcionalidade é válido também para as *restrições especiais*, categoria situada do lado oposto das prerrogativas de poder, mas informada pelo mesmo critério da finalidade pública. Do ponto de vista de Maria Sylvia Zanella di Pietro, "as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos" (1999, p. 237). Será inconstitucional uma lei que estabeleça restrições desproporcionais ao interesse público, como tal podendo ser considerada, em alguns pontos, a atual lei de licitações. Para Maria Sylvia, falando noutro contexto, a Lei n. 8.666/

93 veio disciplinar as licitações e os contratos administrativos de uma forma desastrosa, sob a maior parte dos aspectos em que é analisada, incluindo-se entre esses aspectos o exagerado formalismo e a imposição, para todas as entidades da Administração, de idêntico procedimento licitatório (1997, p. 30). Na doutrina e na prática de outros países, verificam-se tendências para flexibilização do clássico sistema de licitação, com a finalidade de melhor atender ao interesse público, se as circunstâncias inviabilizam o processo normal de concorrência. Tanto é assim que, na França, setenta e cinco por cento das encomendas públicas são negociadas *amigavelmente* (Laubadère, 1985, p. 392). A desejável preservação da igualdade entre os licitantes torna-se subsidiária do objetivo de eficiência no atendimento material da finalidade pública.

6. Eficiência contratual

Além da democracia, a eficiência, princípio expresso na Constituição brasileira, é importante objetivo a ser perseguido. A flexibilização em busca de eficiência, com reflexos, aliás, também na democracia administrativa, passa primeiro pela diversificação das espécies contratuais. Verifica-se que ao lado dos tradicionais contratos de concessão, fornecimento e obras públicas (com aspectos renovados), surgiram, nas últimas décadas: contratos-programas, contratos de execução de plano e contratos fiscais (Di Pietro, 1997, p. 106); acordos de colaboração e contratos de estudos, de definição, industriais, de encomenda, de clientela etc. (Laubadère, 1985, p. 388); protocolos de intenções, contratos de gestão, contratos de gerência, contrato de arrendamento (*l'affermage* do Direito francês) e contratos de empresa de obras públicas (Medauar, 1998, pp. 252-253). Sobre algumas dessas espécies recaem dúvidas (seriam contratos, quase-contratos ou expedientes estranhos ao Direito?) semelhantes às que são levantadas em relação aos *novos atos administrativos*, como o plano. Não seriam aptos a criar *direitos subjetivos*, dando origem, apenas, a *interesses*, indiretamente protegidos em face da correspondente obrigação de comportamento que criam para o administrador.

No Direito brasileiro ganha destaque, com a reforma administrativa, a figura do *contrato de gestão* (contrato *inter-administrativo*, na linguagem de autores argentinos), prevista no art. 37, § 8º, da Constituição: "A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade...". Inconcebível a oposição ou diversidade de interesses entre entidades da mesma Administração, a natureza do ajuste previsto nesse dispositivo é objeto de controvérsias, parecendo aproximar-se mais de um convênio que de um contrato. A possibilidade de ser firmado entre órgãos da mesma pessoa jurídica, como prevê a legislação, tem sido alvo de severas críticas.

À variação tipológica alia-se, na doutrina atual, recomendação de flexibilidade na forma de celebração e de execução dos contratos. Os grandes empreendimen-

tos dos setores aeronáutico, de telecomunicações, nuclear e militar, de execução prolongada, em que o próprio planejamento é flexível (para permitir adaptação à evolução tecnológica), não se comportam nas fórmulas acanhadas do contrato padrão.

Doutra parte, os princípios tradicionais do contrato administrativo (melhor oferta, pagamento por serviço feito, determinação precisa do objeto e do preço, execução pessoal) tornam-se maleáveis (Laubadère, 1885, p. 384). Nas palavras de Arnaldo Wald,

“impõe-se uma relação dinâmica, negociada ou concertada, que se deve estabelecer entre as partes. (...) Como a rescisão sempre tem efeitos negativos, importando prejuízos para ambas as partes, foi introduzida nos contratos de direito administrativo uma nova variante, que é a chamada *flexibilidade* (*souplesse* do Direito francês), significando uma *interpretação construtiva e negociada do pactuado*, para preencher os eventuais espaços vazios e superar as dificuldades geradas por normas que não previram os fatos da maneira pela qual aconteceram” (1995, p. 47).

Também Laubadère é de opinião que a dialética clássica cliente-fornecedor baseia-se demasiadamente na oposição de interesses entre as duas partes. Uma certa oposição — diz — “existe sempre, mas ela já não deve esconder a coincidência profunda dos interesses a médio prazo, em tudo o que diz respeito à redução dos custos” (1985, p. 382).

Em resumo, apontam-se como características dos atuais contratos administrativos: diversificação de formas, simplificação de procedimentos, maior liberdade na seleção dos contratados, igualdade entre as partes e atitude de parceria e colaboração, solução de questões por negociação e consenso e compatibilização de interesses. Noticia-se que uma nova doutrina sobre a matéria está em elaboração, com estudos avançados especialmente nos Estados Unidos (Laubadère, 1985, p. 392).

Conclusão

Como diz mais uma vez Laubadère, “o instrumento contratual (ou convencional) tomou, a par do seu significado tradicional, o significado de um substituto do acto unilateral, de um meio de intervenção para agir sobre a economia para além da procura de prestações” (1985, p. 379).

Se o ato administrativo representa o ponto de atrito entre as prerrogativas públicas e as liberdades individuais, o contrato é o meio de conciliação das duas vertentes, tal a sua importância como instrumento do modelo de administração horizontal, pactuada ou concertada, que pretende ser uma espécie de *novo testamento* da Administração Pública. A eleição da *finalidade pública* como centro sistêmico da teoria dos contratos administrativos facilita a evolução para esse estágio.

Referências Bibliográficas

- BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 5ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1956.
- CRETELLA JR., José. "As categorias jurídicas e do Direito Administrativo". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 85, jan.-mar./88.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1983.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 35ª ed., México: Editorial Porrúa, 1997.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GORDILLO, Agustín A. *Los contratos administrativos. In: Contratos administrativos — Regímenes de pago y actualización*. Buenos Aires: Astrea, 1998, tomo I.
- _____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3ª ed., Buenos Aires: Macchi, 1995.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "Uma releitura do *ius variandi* no âmbito das concessões de serviços públicos". *Prêmio Prof. Guimarães Menegale*, no XIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, out./1999 (www.bidding.com.br/monogr03.htm).
- HAURIU, Maurice. *Précis élémentaire de Droit Administratif*. 4ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1938.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- LAZZARINI, Álvaro. "Direito Público e Direito Privado — Competência recursal no Estado de São Paulo". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar/Fundação Getúlio Vargas, n. 207, jan.-mar./1997.
- LONG, M., WEIL, P. e BRAIBANT, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 4ª ed., Paris: Sirey, 1965.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- _____. *Direito Administrativo moderno*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar/Fundação Getúlio Vargas, jan.-mar./1998.
- MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Empresas estatais: Responsabilidade e controle”. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 85, jan.-mar./1988.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito Público e Direito Privado — sob o prisma das relações jurídicas*. 2ª ed. revista e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- WALD, Arnoldo. “Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 202, out.-dez./1995.